

Este documento está publicado en:

Ramos Muñoz, David. (2008). Comparaciones transatlánticas o el retorno a una visión ética del Derecho Mercantil. A propósito de la obra "La contratación comercial en el Derecho Comparado". *Revista de Derecho Mercantil*, n. 267, pp. 243-269

# Comparaciones transatlánticas o el retorno a una visión ética del Derecho Mercantil. A propósito de la obra “La contratación comercial en el Derecho Comparado”

POR

DAVID RAMOS MUÑOZ

Becario de Investigación. Universidad Carlos III de Madrid

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FORMACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL Y LA INSUFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS POSITIVISTAS Y NORMATIVISTAS: 1. *Introducción. El dominio del positivismo y realismo jurídicos*; 2. *La incapacidad del positivismo/realismo de explicar los fenómenos jurídicos del Derecho Mercantil*.—III. LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA PARA EL DERECHO MERCANTIL: 1. *Del rechazo de la inalterabilidad de las normas éticas al relativismo moral, y al rechazo de la ética como apoyo al estudio del Derecho*; 2. *Crítica del pretendido enfoque “amoral” del Derecho*; 3. *La necesidad de recuperar el enfoque moral en el estudio del Derecho Mercantil como sistema*.—IV. LA ÉTICA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL COMPARADO: 1. *El papel de la ética en la comparación de principios y reglas de Derecho Mercantil*: I) Perspectiva general; II) Ejemplos concretos.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Posiblemente el fenómeno más trascendente para la sociedad del siglo XXI esté en la globalización, entendida ésta como la progresiva interdependencia entre países y pueblos. Dentro de este proceso, el aspecto que, justa o injustamente, ha recibido la mayor atención, es el de la globalización económica, o comercial, que comprende el incremento constante en los flujos de capitales, mercancías y personas entre los diversos territorios que componen el planeta. La atención prestada no está carente de sentido, pues la globalización comercial ha contribuido como ninguna otra a la modificación del panorama físico, económico, sociológico y político de los (cada vez más) países afectados. En este contexto, el aspecto jurídico no podía escapar del proceso. Las decisiones del legislador sobre la tributación empresarial (1), o la regulación de los mercados de valores (2) cada

---

(1) El proceso globalizador y la creciente libertad de establecimiento y de circulación de capitales ha supuesto una movilidad cada vez mayor de las compañías, así como una sofisticación cada vez mayor de las estructuras empresariales, en la persecución de una rebaja en la carga tributaria. Esta evolución ha trascendido el ámbito exclusivamente empresarial, pues

vez resultan más influidas por las adoptadas al otro lado de la frontera, del mar, o del océano. De todos modos, si bien es cierto que los actos de adopción de regulación imperativa resultan determinados cada vez más por las estrategias seguidas en otros países, el campo del Derecho donde el proceso de comunicación embebido en la globalización se manifiesta en su estado más avanzado es el Derecho Mercantil.

A la incidencia mutua de las acciones legislativas, es preciso sumar el influjo derivado de la propia actividad comercial. Y es que, si bien desde un punto de vista puramente positivista el Derecho comprende únicamente los actos legislativos adoptados siguiendo el procedimiento establecido (válidos) (3), el Derecho Mercantil, de naturaleza dispositiva, es susceptible de un proceso paralelo, por el cual la práctica comercial seguida por unos agentes influye en la de otros y, alcanzado un cierto nivel de uniformidad y respeto en la comunidad empresarial, resulta difícil discutirle su carácter normativo (4).

Este doble vía de penetración convierte la disciplina del Derecho Mercantil o, más correctamente, de los Derechos Mercantiles nacionales,

los Estados han decidido tomar parte en el juego, rebajando cada vez más la tributación para convertir el país en un destino atractivo para la inversión. Puesto que es preciso ser justos, todo ello ha contribuido, en el lado negativo, a una mayor evasión fiscal, y al deterioro del Estado social. Ver AVI-JONAH, REUVEN S. "Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State" *Harvard Law Review* Vol. 113 no. 7 (May 2000), págs. 1573-1676.

(2) Nótese el actual debate acerca de la modificación de la legislación *Sarbanes-Oxley* en los Estados Unidos, como resultado de la pérdida de atractivo de los mercados de valores norteamericanos (NYSE, NASDAQ principalmente) frente a sus correlativos de Londres o Hong Kong. Ver "Restoring the shine. How to keep America as the leading market for capital" *Economist.com*. Nov 30th 2006; "Special Report. America's capital markets. Down on the street. No longer can America take for granted its global superiority as a market for capital. Regulatory reform might let it keep up with the pack". *The Economist*. Nov 23rd 2006.

(3) Dicha idea se expresa de la siguiente manera: "La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida [...]. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo". Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho* Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, Traducción de la edición francesa *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1953, pág. 35. Asimismo, afirma Kelsen en un momento posterior de su obra: "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de ese orden". Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 135. Por otro lado, también afirma Kelsen, "El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional [...] Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo". Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* págs. 50-52.

(4) De hecho, para conciliar ambas perspectivas, en muchos casos el legislador abre un periodo de consultas para traducir en normas jurídicas desde el punto de vista positivista lo que ya venía siendo respetado como uso o práctica. Un claro ejemplo lo constituye el régimen jurídico de la titularidad de los valores a través de un intermediario contemplada en el reformado artículo 8 del *Uniform Commercial Code* estadounidense. Ver Bjerre, Carl S; Rocks, Sandra M. "Article 8: Investment Securities" En BOSS, Amelia H. (ed.) *The ABCs of the UCC* Second edition. ABA Section of Business Law, 2004, pág. 3-4.

en receptáculos permeables o, más aún, en puros vasos comunicantes. Por otro lado, amplía la complejidad del estudio de cualquier materia, que, a día de hoy, difícilmente puede limitarse al ordenamiento nacional, sin prestar atención al de otros países, a las normas internacionales, o a los usos y prácticas mercantiles. Por ello, las obras y trabajos centrados en los elementos comparativos de base entre unos ordenamientos y otros han pasado de ser un pasatiempo a un bien necesario y nunca lo suficientemente escaso. En este ámbito han proliferado, fundamentalmente, los títulos anglosajones o dirigidos a este público (5). Por ello, dentro de este elenco, deseamos realizar una mención especial al enfoque contenido en una de las escasas obras en español que brindan un tratamiento comprensivo a estas cuestiones. Nos referimos a *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, a cargo del profesor Boris Kozolchik (6) quien, expuesto a la influencia de las tradiciones jurídicas del *common law* y del *civil law* (y, en el caso de esta última, tanto de los países europeos, como de los países latinoamericanos) ha logrado en buena medida condensar su experiencia en un trabajo de gran trascendencia. Por todos estos motivos, entendemos que el enfoque de esta obra proporciona un principio muy adecuado para plantear la discusión que ilustra el propósito de este trabajo.

El término “discusión” no ha sido elegido al azar. En la apasionada defensa de la libertad de expresión contenida en su obra *On Liberty* (7), John Stuart Mill afirmaba que el conocimiento se beneficia de la argumentación y la discusión, y que aquellos que han alcanzado la sapiencia sólo han podido hacerlo confrontando sus puntos de vista (8). Por esta razón,

(5) SCHLESINGER, Rudolf B.; BAADE, Hans; HERZOG, Peter E.; WISE, Edward M. *Comparative Law*. Sixth edition. New York: Foundation Press, 1998, 1013 pág.; BEALE, Hugh; HARTKAMP, Arthur; KÖTZ, Hein; TALLON, Denis (gen. eds.) *Casebooks on the Common Law of Europe. Contract Law*. Oxford: Hart Publishing, 2002, 993 pág.; CHENG, Hongming “Commercial Law: A Comparative Perspective” Bright Publishing Inc., 2005, 202 pág.; MARKESINIS, B. S.; UNBERATH Hannes; JOHNSTON, Angus; BINGHAM, Lord *The German Law of Contract: A Comparative Treatise* 2<sup>nd</sup> ed. Hart Publishing, 2006, 979 págs.; GORDLEY, James “Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment” Oxford University Press, 2006, 492 págs.; VON BAR, Christian; DROBNING, Ulrich “The Interaction of Contract Law And Tort And Property Law in Europe: A Comparative Study” European Law Publishers, 2004, 541 págs.; COHEN, Nili; McKENDRICK, Ewan. *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005, 326 págs.

(6) KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*. Sevilla: Dyckinson, 2006, p. v.

(7) STUART MILL, John *Utilitarianism, Liberty, and representative Government* London: J.M. Dent & Sons Ltd. New York: E.P. Dutton & Co. Inc., 1910, págs. 78-113.

(8) “There must be discussion, to show how experience has to be interpreted. Wrong opinions and practices gradually yield to fact and argument; but facts and arguments, to produce any effect on the mind, must be brought before it. Very few facts are able to tell their own story, without comments to bring out their meaning. [...] In the case of any person whose judgment is really deserving of confidence, how has it become so? Because he has kept his mind open to criticism of his opinions and conduct. [...] No wise man ever acquired his wisdom in any mode but this; nor is it in the nature of human intellect to become wise in any other manner. The steady habit of correcting and completing his own opinion by collating it with those of others, so far from causing doubt and hesitation in carrying it into practice, is the only stable foundation for a just reliance on it: for, being cognisant of all that can, at least obviously, be said against him, and having taken up his position against the gainsayers—knowing that he has sought for objections and difficulties, instead of avoiding them, and has shut out no light which can be thrown upon the subject from any quarter—he has a right to

entendemos que el mayor homenaje que podemos tributar a las obras sobre Derecho comparado (en particular, Derecho Mercantil comparado) en general, y a la del profesor Kozolchik en particular, consiste en incidir en los dilemas que dichas obras plantean, así como en poner de manifiesto las posibles objeciones a las soluciones propuestas. A tal efecto, si bien las obras mencionadas nos proporcionan el *leit motiv* de este trabajo, la perspectiva es discursiva y crítica, y su propósito el de establecer un diálogo fluido con las obras de Derecho Comparado y, en particular, el trabajo del profesor Kozolchik, mediante el tratamiento del problema transversal del papel de la moral en el estudio del Derecho Mercantil comparado.

La elección del tema de estudio (ética y Derecho Mercantil) obedece tanto a su importancia como su habitual asunción de un papel secundario en las obras de Derecho comparado. Se trata de una cuestión crucial para todo comparatista. Gran parte de la labor del académico enfrentado a la labor de comparar diversos ordenamientos consiste en localizar las diferencias de enfoque, e identificar las causas últimas, para poder así minimizar el impacto de las divergencias. Con elevada frecuencia la explicación de numerosas divergencias estructurales residirá en un elemento moral, cubierto por capas de materialismo y por un sedimento de evolución institucional. Sin embargo, en el caso del Derecho Mercantil comparado, el énfasis suele realizarse en la perspectiva socio-económica e institucional, donde el Derecho depende de la evolución de las instituciones que, a su vez, cambian para adaptarse a las necesidades de los sujetos (9). Aunque no se explicita, esta noción suele identificar “necesidades” o “intereses” con “intereses materiales”, dejando a un lado elementos más ideales como la moral. La visión socio-económica e institucional se ha visto complementada por la imposición de una perspectiva normativista, donde Derecho equivale a Derecho positivo, y el estudio de los principios éticos no tiene cabida en un análisis jurídico (10). Posiblemente por ambas razones el papel de la perspectiva ética es casi siempre escaso (o, simplemente, inexistente) en las obras de Derecho Mercantil comparado. La del profesor Kozolchik, por el contrario, es rica en referencias a la moral (11). Por ello, dado nuestro objeto de estudio, y su enfoque discursivo y argumenta-

---

*think his judgment better than that of any person, or any multitude, who have not gone through a similar process*”. STUART MILL, *John Utilitarianism, Liberty, and representative Government op. cit.* pág. 82.

(9) La referencia a la visión socio-económica e institucional puede encontrarse también en la obra del profesor Kozolchik. Ver KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 9-10.

(10) DíEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* 3ª edición. Barcelona: Ariel, 1993, pág. 6.

(11) Destacamos las referencias a la importancia de la consideración moral de la contratación comercial en las diversas plazas como elemento a tener en cuenta por el comparatista; o la trascendencia del enfoque moral en el Derecho canónico. Ver KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 257-265 y 55-64, respectivamente. También pueden encontrarse referencias específicas como la influencia de la moral cristiana en la prohibición tradicional de la usura, de la moral liberal en la codificación alemana (y la influencia del liberalismo en la jurisprudencia de la voluntad libre (o *willensjurisprudenz*) o en la crítica a una moral puramente utilitarista en el análisis económico del Derecho. Ver KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 57-61 y 64, 109-112, y 479-486 respectivamente.

tivo, resulta un interlocutor privilegiadamente válido. Ha llegado, pues, el momento de comenzar la discusión.

## II. LA FORMACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL Y LA INSUFICIENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS POSITIVISTAS Y NORMATIVISTAS

### 1. Introducción. El dominio del positivismo y realismo jurídicos

Si nuestra intención es la de explicar las particularidades del Derecho Mercantil que tienen difícil cabida en una concepción normativista del Derecho, parece lógico que, primeramente, analicemos esta postura mayoritaria.

El positivismo como corriente de la teoría del Derecho surge como un movimiento de renovación frente a la tradicional Escuela del Derecho Natural. Esta última sostenía la existencia de reglas, cuya vigencia no dependía de los actos realizados por los legisladores o tribunales, sino de su relación con una serie de principios morales inmutables, que generalmente entroncaban con la moral religiosa. La aceptación de esta doctrina supone, por un lado, la renuncia por una sociedad a parte de su capacidad normativa y, por otro, la concesión indirecta del monopolio, de la verdad, a los intérpretes del Derecho Natural. Por esta razón, la aparición del positivismo responde a la necesidad de un cambio que permita la evolución del ordenamiento jurídico y, por otro lado, que favorezca la certeza y seguridad jurídicas (la dificultad de establecer el contenido del Derecho Natural forma parte del problema inherente a esta doctrina). Sin embargo, al avanzar hacia el extremo contrario, el positivismo supuso el abandono de determinados fenómenos jurídicos de gran trascendencia para el Derecho en general, y del Derecho Mercantil en particular, como veremos a continuación.

Uno de los representantes más claros de esta doctrina es Kelsen. En su *Teoría Pura del Derecho* (12), el autor propone una “ciencia del derecho”, que, a diferencia de las ciencias naturales, donde imperan las relaciones de causalidad (“si un metal es calentado, se dilatará”), se caracteriza por las relaciones de imputación (“Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse”) (13). Sin embargo, tanto el Derecho y la moral son susceptibles de este análisis, puesto que, en ambos casos, se componen de normas basadas en el criterio de imputación (14). No obstante, en la teoría de

(12) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. Traducción de la edición francesa. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. Neuchâtel : Editions de la Baconnière, 1953.

(13) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 26.

(14) Además, tanto el Derecho como la moral son órdenes positivos, en la medida en que sus normas han sido creadas, o “puestas” por actos realizados por los miembros de una comunidad. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 18. La imputación se traduce, en el caso de las normas jurídicas, en la sanción prevista por el ordenamiento jurídico. *Ibid* pág. 70.

Kelsen, aquí terminan los paralelismos, puesto que el autor trata de sostener una ciencia jurídica basada exclusivamente en reglas de Derecho, completamente diferenciado de la ciencia moral (15). Por un lado, Kelsen afirma que ello no supone la necesidad de renunciar a que el Derecho sea moral, pero que, precisamente, para poder calificar el Derecho como justo o injusto, es preciso que éste se encuentre disociado de la moral (16). De hecho, en la relación de imputación, donde se establece la relación entre la condición y la consecuencia que *debe ser*, éste “debe ser” es ajeno a toda consideración moral, y tiene un puro sentido lógico (17). Incluso, cuando el Derecho ordena o autoriza la aplicación de normas morales, éstas adquieren, inmediatamente, el carácter de normas jurídicas (18). Por otro, el autor mantiene que las normas jurídicas se diferencian de las morales por la existencia de una sanción, de modo que el orden jurídico posee el monopolio exclusivo de la fuerza (19).

Ideas parecidas pueden encontrarse en Hart quien, al igual que Kelsen, identifica el Derecho con la coerción (20), y afirma la necesidad de separar la moral en el estudio del Derecho (21). Con todo, a la hora de explicar la existencia de los sistemas legales como conjuntos de normas, Hart distingue entre normas primarias (las que establecen una obligación) (22) y normas secundarias (normas de reconocimiento, cambio y adjudicación) (23) que son las que dotan a un conjunto de reglas del carácter sistémico necesario para poder hablar de un ordenamiento jurídico. Dentro de las normas secundarias, las reglas de reconocimiento reúnen los criterios en virtud de los cuáles una norma primaria (que establece una obligación) se reconoce como parte del sistema (24). Tales criterios pueden tomar diversas formas, que no siempre han de corresponderse con la actividad formal de un cuerpo legislativo, sino que admiten la sedimentación a través de la práctica reiterada (25). Si tal práctica tiene origen en criterios morales o de otro tipo, no parece ser una cuestión que, en opinión de Hart, tenga trascendencia alguna de cara al Derecho. Sin embargo, el autor inglés, por esta

(15) Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* págs. 55-56. También denominada “ética científica”. *Ibid* pág. 18.

(16) Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* págs. 56-58.

(17) Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 68.

(18) Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 55-56.

(19) Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho op. cit.* pág. 70.

(20) Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994, págs. 20-25.

(21) Hart, H.L.A. *The Concept of Law op. cit.* págs. 185-213.

(22) Hart, H.L.A. *The Concept of Law op. cit.* pág. 91.

(23) Hart, H.L.A. *The Concept of Law op. cit.* pág. 94.

(24) Hart, H.L.A. *The Concept of Law op. cit.* pág. 100.

(25) “Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation. The criteria so provided may, as we have seen, take any one or more of a variety of forms: these include reference to an authoritative text; to legislative enactment; to customary practice; to general declarations of specified persons, or to past judicial decisions in particular cases. Hart, H.L.A. *The Concept of Law op. cit.* pág. 100.

vía, deja entreabierta la puerta a una justificación del Derecho que, según su propia teoría, resultaría ajena al mismo pero que, en nuestra opinión, se encuentra intrínsecamente relacionada con éste (26).

Por otra parte, desde el punto de vista del realismo jurídico, la disociación entre Derecho y moral está representada en la doctrina de Oliver Wendell Holmes. En su *Path of the Law* (27), el magistrado expone lo que él mismo denomina la teoría del “hombre malo”. Según Holmes, un derecho (y el correlativo deber de respetarlo) no son más que “profecías”, que afirman que, quien haga, o deje de hacer, una determinada cosa, sufrirá unas determinadas consecuencias en virtud de una decisión judicial (28). De acuerdo con esto, el “hombre malo” únicamente se preocupará de las consecuencias negativas que puedan derivarse de su comportamiento, sin prestar atención a la regla ética que se encuentra detrás de la norma jurídica (29). Para Holmes, sobre esta base debe construirse la distinción entre Derecho y moral (30). Si se desea conocer el Derecho, con exclusión de la moral, debe examinarse aquél desde el punto de vista de un hombre malo, quien únicamente se preocupa de las consecuencias de sus actos, y no desde la óptica del hombre bueno, cuya motivación para seguir la norma reside en su contenido moral (31).

## 2. La incapacidad del positivismo/realismo de explicar los fenómenos jurídicos del Derecho Mercantil

Esta disociación tan absoluta entre Derecho y moral ha sido criticada por diversos autores. De un modo relativamente somero, Lon Fuller planteó la necesidad de considerar una moral intrínseca al Derecho (32). Se trata ésta de una moral “procedimental”; esto es, referida a los criterios que deben seguirse si el objetivo es el de someter a los seres humanos a reglas (33). Sobre esta base, para considerar un acto como norma jurídica, aquél debe reunir las siguientes características: tener pretensión de generalidad, evitando resolver los problemas caso por caso 1.- ser conocido por los sujetos a los que va destinado 2.- ser prospectivo, evitando la

(26) A la hora de justificar una visión sistémica del Derecho como algo más allá de una serie de órdenes respaldadas por la fuerza coactiva, Kelsen se encuentra con el mismo problema. Sin embargo, el método utilizado por este autor basa la legitimidad de cada norma en la de la norma superior en jerarquía, y así hasta llegar a la Constitución que, a su vez, encontraría legitimidad en la “norma fundante básica” (*Gründnorm*). Ver Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho* op. cit. págs. 138-145.

(27) HOLMES, Oliver Wendell “The Path of the Law” *Boston Law Magazine* Vol. 1, No. 4 (1897) pág. 1-17.

(28) HOLMES, Oliver Wendell “The Path of the Law” op. cit. pág. 2.

(29) *Ibidem*.

(30) Para ser justos con la postura de Holmes, el propio autor pide que el lector no identifique en su lenguaje los rasgos del cinismo. Holmes reconoce el valor de la moral, como inspiración de la ley y, a la inversa, que el objetivo perseguido a través del seguimiento estricto de la legalidad es la consecución de una sociedad regida por la ética. Ver HOLMES, Oliver Wendell “The Path of the Law” op. cit. pág. 2.

(31) HOLMES, Oliver Wendell “The Path of the Law” op. cit. pág. 3.

(32) FULLER, Lon *The Morality of Law* Revised edition. London: Yale University Press, 1969.

(33) FULLER, Lon *The Morality of Law* op. cit. págs. 96 y sigs.



legislación retroactiva, que no puede dirigir el comportamiento 3.- ser comprensible 4.- evitar las contradicciones 5.- ordenar comportamientos posibles 6.- tener permanencia en el tiempo, que permita conocer la regla aplicable 7.- y poseer congruencia entre lo establecido por la norma, y la administración efectiva de la misma por las autoridades 8.- (34). Sin embargo, la moral “procedimental” de Fuller no cuestiona en gran medida la tesis principal del positivismo, como es la separación radical entre el estudio de la moral (sustantiva) y el Derecho (35).

El ataque más potente a las tesis positivistas se produjo por parte de Ronald Dworkin (36). Dworkin estableció la distinción entre reglas (imperativos taxativos) y principios (flexibles) (37), afirmando que el positivismo es una concepción pensada para sistemas de reglas, y no sistemas de principios (38), de modo que, cuando un determinado supuesto no queda cubierto por una regla de Derecho, el juez debe resolver discrecionalmente (39). Dworkin critica esta concepción, en la medida en que el proceso de resolución de los tribunales no se parece al descrito por Hart, pues, en ausencia de reglas, los tribunales recurren a los principios, que pasarían, de este modo, a formar parte del ordenamiento jurídico junto con las reglas (40). Sin embargo, el carácter jurídico de los principios casa mal con las tesis positivistas.

Tomando como base la postura de Hart, la regla de reconocimiento de los principios es difícil de establecer, puesto que su pertenencia al ordenamiento jurídico no depende de su promulgación por el legislador, su expresión por los tribunales etc., sino de la convicción de lo apropiado de su contenido, sin que exista una regla de reconocimiento que permita distinguir los principios que forman parte del ordenamiento jurídico, de los que resultan ajenos al mismo (41). De hecho, una buena parte de las normas jurídicas más antiguas existían antes de ser pronunciadas por el legislador o los tribunales, como parte de la costumbre de la sociedad o una parte de ella (por ejemplo, la comunidad empresarial) (42). Ello resquebraja las ideas positivistas, puesto que supone el reconocimiento de que existen normas jurídicas que son vinculantes no porque sean válidas de acuerdo con

(34) FULLER, Lon. *The Morality of Law* op. cit. pág. 39.

(35) En el primer Capítulo de su obra, Fuller distingue entre “*morality of duty*” y “*morality of aspiration*”, como dos categorías diferentes de la moral. La primera exige aquellos comportamientos básicos sin los cuales una sociedad organizada resulta imposible. La segunda se refiere a aquellos comportamientos que tienen el objetivo de obtener el máximo potencial de un individuo. La primera se sitúa en lo más bajo de la escala del “logro” humano (*human achievement*), la segunda, en lo más alto. Sin embargo, la primera tiene menor trascendencia para el Derecho que la segunda. FULLER, Lon *The Morality of Law* op. cit. pág. 9.

(36) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977; *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998.

(37) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 26 y sigs.

(38) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 22.

(39) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 31.

(40) En este sentido, guían la actividad de los jueces, al igual que las reglas, y constituyen fuente de obligaciones. Dworkin expone los posibles argumentos en contra de la consideración de los principios como Derecho, así como los contrargumentos que se pueden esgrimir para demostrar que lo son. Ver DWORKIN, Ronald *Taking Rights Seriously* op. cit. págs. 34-39.

(41) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 40.

(42) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 42.

una regla de reconocimiento, sino porque son consideradas como tales por la comunidad (43).

Las ideas de Dworkin relativas a los principios, y a la formación de los principios, nos parecen de un gran interés para el Derecho Mercantil. Instrumentos como los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales (44) no constituyen reglas de Derecho en el sentido positivista. Sin embargo, su importancia reside en el hecho de que recogen criterios aceptados como adecuados por la comunidad de juristas y la comunidad empresarial (45). De hecho, los Principios de UNIDROIT únicamente constituyen una parte del proceso de elaboración de la denominada *lex mercatoria*, conjunto de principios y reglas sobre Derecho Mercantil recogidos no sólo a partir de legislaciones nacionales, sino instrumentos internacionales, usos y prácticas, contratos tipo y decisiones de tribunales arbitrales (46). La presencia de este tipo de procesos debe conducirnos a algunas conclusiones. En primer lugar, no se deben desdeñar, al menos en lo que al Derecho Mercantil respecta, los fenómenos jurídicos ajenos al Derecho positivo. En segundo lugar, todo estudio del Derecho

(43) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* op. cit. pág. 43.

(44) El texto de los Principios puede consultarse en la siguiente dirección:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

(45) Y ello aun cuando no sólo recogen principios generales, sino reglas específicas de Derecho. Ver BERGER, Klaus Peter *The Creeping Codification of Lex Mercatoria* The Hague: Kluwer Law International, 1999, págs. 154-165. Su aplicación por los tribunales no implica, como sugerirían las tesis positivistas, que el principio únicamente adquiere carácter jurídico a través de su aplicación, sino que dicho carácter jurídico antecede a la decisión del tribunal y, precisamente por esta razón, el tribunal lo aplica. Los Principios han sido aplicados por los tribunales (generalmente arbitrales) aun cuando las partes no los hubiesen elegido como ley rectora del contrato, lo que no impidió su uso por el tribunal como expresión de principios generales, o de la *lex mercatoria*. Ver *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, United States District Court, S.D. California, 7 de diciembre de 1998; Laudo de la Cámara de Comercio Internacional no. 7375 de 5 de junio de 1996; Laudo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa no. 152/1998, de 16 de abril de 1999, por citar algunos ejemplos. Los Principios han sido aplicados en este sentido incluso en disputas entre Estados, como las ventiladas ante la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas por los daños causados en la invasión de Kuwait por Iraq. United Nations Compensation Commission Panel of the Commissioners, Panel F1 Recommendation S/AC.26, 23 de septiembre de 1997. Estas decisiones pueden consultarse en la base de datos de UNILEX. Ver <http://www.unilex.info>.

(46) Son innumerables los trabajos y obras que hacen referencia al fenómeno de la *lex mercatoria*. Ofrecemos aquí algunos como muestra. BERGER, Klaus Peter *The Creeping Codification of Lex Mercatoria* op. cit.; CORDES, Albrecht "The search for a medieval *Lex mercatoria*" *Oxford University Comparative Law Forum* no. 5 (2003); GABOR, Francis A. "Stepchild of the New *Lex Mercatoria*: Private International Law from the United States Perspective (Symposium Reflections)" *Northwestern Journal of International Law and Business* no. 8 (1988) págs. 538-569; GOLDMAN, Berthold "Nouvelle réflexions sur la *lex mercatoria*" En DOMINICE, Christian et al. (eds.), *Etudes de droit International en l'honneur de Pierre Lalive*, Basle: Helbing & Licherhan (1993) págs. 241-255; VON HOFFMAN, Bernd "Lex mercatoria" vor internationalen Schiedsgerichten" *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (1984) págs. 106-108; KAHN, Philippe "Lex mercatoria" et Pratique des Contrats Internationaux" En *Le Contrat Economique International*, Bruxelles / Paris (1975); LOWENFELD, Andreas "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View" *Arbitration International* (1990) págs. 133-150; MUSTILL, Michael "The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-Five Years" *Arbitration International* no. 4 (1988) págs. 86-119; PAULSSON, Jan "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I." *Revue de l'arbitrage* (1990) págs. 55-100.

Mercantil Comparado debe hacerse eco de estos procesos, pues proporcionan la necesaria visión dinámica para que pueda operar debidamente la comparación (47). Finalmente, sin una perspectiva evolutiva de este tipo resulta difícil comprender las razones de las divergencias entre los diferentes ordenamientos mercantiles. Ahora bien, la cuestión reside en cuáles pueden ser las fuerzas motrices de tales procesos. En este punto debemos considerar la importancia de la moralidad en el Derecho Mercantil Comparado.

### III. LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA PARA EL DERECHO MERCANTIL

#### 1. *Del rechazo de la inalterabilidad de las normas éticas al relativismo moral, y al rechazo de la ética como apoyo al estudio del Derecho*

El apartado anterior supone reconocer la importancia de los elementos socio-económicos en la formación del Derecho Mercantil, de manera paralela al proceso formal de gestación de las normas positivas. Sin embargo, ello no implica necesariamente la influencia de los principios y reglas éticas en esta rama del Derecho. Asimismo, en la actualidad, se suele tratar el aspecto moral con un cierto descreimiento, asumiendo la importancia casi exclusiva del elemento puramente material. Ello no siempre ha sido así. En la antigüedad, el papel de la ética se encontraba estrechamente relacionado con el del Derecho. En este sentido, de la obra de Aristóteles se desprende que el papel del Derecho es, entre otros, el de garantizar que los ciudadanos de la *polis* viven una vida lo más adecuada con arreglo a los criterios éticos (48). De este modo, existiría una serie de principios inmutables, por encima del Derecho y la sociedad, de los que éstos últimos son meros instrumentos a través de los cuáles los primeros son llevados a cabo (49).

(47) En la obra del profesor Kozolchyk se hace referencia en el primer Capítulo a la necesidad de una comparación dinámica. KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 6-12. Puesto que uno de los propósitos de el presente trabajo es el de dialogar con esta obra y proponer nuevas perspectivas, entendemos que la referencia al proceso de comparación dinámica y evolutiva se vería extraordinariamente complementado por una referencia al proceso de formación de la *lex mercatoria* en particular, y a los procesos “informales” de gestación de principios y reglas tan característicos en el Derecho Mercantil.

(48) Así se desprendería de la *Política*, o de la *Ética a Nicómaco*. ARISTÓTELES, *Política (I)* Barcelona: folio, 2002, págs. 126, 152, 171-173; *Política (II)*. Barcelona: folio, 2002, págs. 81 y sigs. En la *Ética Nicomáquea*, Aristóteles también expresa una idea finalista del comportamiento humano: puesto que “*Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que las cosas tienden*”. Sobre la base de este finalismo positivo del comportamiento humano, Aristóteles afirma que: “... puesto que la política se sirve de las demás ciencias y prescribe, además, qué se debe hacer y qué se debe evitar, el fin de ella incluirá los fines de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre...”. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia* Madrid: Gredos, 1985, págs. 130-132.

(49) En este sentido, HART, H.L.A. “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”. En HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pág. 248.

La evolución de los acontecimientos supuso, sin embargo, la constatación de la posibilidad de organización de la sociedad mediante criterios éticos diversos, así como de la evolución de estos últimos. Ello ha conducido, paulatinamente, a la penetración del relativismo moral en el sustrato social. Si es posible organizar la sociedad con diferentes principios éticos, entonces la sociedad no puede ser un instrumento de la ética. En este contexto, no obstante, la relación se invierte, y la ética se convierte en el instrumento utilizado por la sociedad para alcanzar una cierta cohesión, ya que, de otro modo, se desintegraría (50). Indudablemente, en este esquema, la ética perdería transcendencia, y quedaría así restringida a las manifestaciones del Derecho que sean represivas con las conductas que erosionan el núcleo social; esto es, con el Derecho penal (51). Por ello, cabría hacerse la siguiente pregunta ¿tiene algún sentido indagar sobre los principios morales en un estudio de Derecho Mercantil comparado?

“¡Ninguno!”, sería, posiblemente, la respuesta, si ésta fuese verbalizada por autores como Posner, al menos en lo que respecta al Derecho de los países de *common law*. El Presidente del Tribunal de Apelaciones Federal para el Séptimo Distrito, se formó en los postulados de la escuela del Análisis Económico del Derecho de la Universidad de Chicago. A partir de estas enseñanzas, Posner desarrolla una teoría en la que concluye que, por un lado, la teoría moral no proporciona una base sólida para emitir juicios éticos. Por otro, si la teoría moral pudiese proporcionar una base sólida para emitir juicios éticos, tampoco debería utilizarse para emitir juicios legales (52).

En realidad, la perspectiva de Posner tiene sus antecedentes más inmediatos en el positivismo y realismo jurídicos a los que antes hacíamos referencia. Según estas doctrinas, el Derecho es un sistema separado de la moral (53), y sigue una lógica diferente. Mientras el impulso para cumplir los imperativos morales es interno al individuo, el de cumplir las normas jurídicas proviene de la coacción externa; esto es, de las posibles consecuencias negativas que se derivarían del incumplimiento de lo dispuesto por la norma (54). La reacción positivista a la defensa de una moral absoluta suponía, por tanto, la disociación plena entre el estudio del Derecho y el estudio de la moral (55). Sobre esta base, Posner fue varios pasos más allá,

(50) Ello conduce a Hart a calificar esta teoría como la tesis de la “desintegración”, por oposición a la tesis “clásica”, a la que hacíamos referencia al principio del párrafo. Ver HART, H.L.A. “Social Solidarity and the Enforcement of Morality” *op. cit.* pág. 248.

(51) *Ibidem*. Ir un paso más allá sólo supondría reconocer el derecho de la sociedad a hacer cumplir por ley sus propios criterios de moralidad, en la medida en que estos se considerarían un bien valioso. Ésta sería la “tesis conservadora”, pues el derecho adquiriría la misión de preservar los valores morales que ya existen en la sociedad. Ver DWORKIN, Ronald “Lord Devlin and the Enforcement of Morals” *Yale Law Journal* no. 75 (1966), págs. 986 y sigs; HART, H.L.A. “Social Solidarity and the Enforcement of Morality” *op. cit.* pág. 249.

(52) POSNER, Richard. “The Problematics of Morals and Legal Theory”. 1997 *Oliver Wendell Holmes Lectures*. Vol. 111 No. 7 (May 1998), pág. 1639.

(53) KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho* *op. cit.* págs. 56-58.

(54) HOLMES, Oliver Wendell. “The Path of the Law” *op. cit.* pág. 3.

(55) Compartimos con Dworkin la idea de que el rechazo sistemático de la moral y el enfoque teórico es un fenómeno que se manifiesta en el siglo XX con mayor virulencia que en nin-

al manifestar de manera contundente su opinión sobre la inutilidad de la teoría moral, y de la moral en general, para el conocimiento del Derecho (56), y su desprecio hacia el trabajo académico sobre la ética y los criterios éticos (57). Según Posner, el estudio académico de la moral es estéril porque la moralidad es local, sin que existan posturas morales a título universal que sean interesantes, porque los denominados “fenómenos morales” pueden explicarse por otras causas, sin necesidad de hacer referencia a criterios morales; y porque el estudio académico de la moral no contribuye a mejorar el comportamiento humano (58).

La referencia al carácter “local” de los principios éticos es un argumento basado en el relativismo moral. Si, de acuerdo con esta postura, no existe una única respuesta moralmente correcta que los jueces y abogados puedan descubrir, los principios que la sociedad ha conformado no son válidos para una lógica universal, sino en el esquema social y lingüístico que hemos conformado. De este modo, Posner sostiene que el lenguaje conforma, en lugar de recoger, la realidad moral (59). Esta postura niega la posibilidad de decidir un problema con arreglo a unos principios morales generales, pues cada individuo maneja una postura diferente, y ninguna ha de ser, necesariamente, cierta.

## 2. Crítica del pretendido enfoque “amoral” del Derecho

Las afirmaciones de Posner recogidas unas líneas más arriba le situarían como un relativista moral. Con todo, lo que caracteriza a Posner es su pretensión, aún más radical, de expresar su postura como ajena a cualquier teoría filosófica. Es lo que él denomina el “enfoque pragmático”, caracterizado por el empirismo, escepticismo, la ausencia de dogmatismo y el énfasis en las consecuencias de las decisiones (60). No obstante, en palabras de Dworkin, esta posición únicamente sitúa a Posner como un “consecuencialista” dentro de la filosofía moral (61), pero no en una posición

gún otro; posiblemente, según él porque su adolescencia estuvo bañada de ideología, una ideología que no sirvió bien al siglo XX. DWORKIN, Ronald “In Praise of Theory” *Arizona State Law Journal* no. 29 (1997), pág. 360-361.

(56) POSNER, Richard. “The Problematics of Moral and Legal Theory. 1997 Oliver Wendell Holmes Lectures” *Harvard Law Review* Volume 111 No. 7 (May 1998) págs. 1637-1717.

(57) POSNER, Richard. “The Problematics of Moral and Legal Theory. 1997 Oliver Wendell Holmes Lectures” *op. cit.* pág. 1640.

(58) Para ello, Posner esgrime diversas razones: en primer lugar, afirma, el hecho de conocer el comportamiento correcto no motiva a la sujeción al mismo, sino que la motivación viene desde fuera de la moral; en segundo lugar, las herramientas empleadas en el estudio académico (casuística moral, textos de Derecho canónico etc.) son demasiado débiles para contrarrestar el impulso del propio interés (*self interest*), o de las intuiciones morales; en tercer lugar, existen tantas discrepancias entre los teóricos, que un individuo podría encontrar justificación para cualquier tipo de comportamiento, junto a otros argumentos de menor importancia. POSNER, Richard. “The Problematics of Moral and Legal Theory. 1997 Oliver Wendell Holmes Lectures” *op. cit.* pág. 1641.

(59) POSNER, Richard. “Overcoming Law” *Harvard University Press* (1995) págs. 8-10.

(60) POSNER, Richard. “The Problematics of Moral and Legal Theory” *op. cit.* pág. 1645.

(61) DWORKIN, Ronald. “In Praise of Theory” *op. cit.* p. 364. Una tesis compartida, por

ajena a la moral. De hecho, el pretendido pragmatismo con el que Posner exhorta (haz lo que funcione o "*do what works*") supone una suscripción implícita (y, posiblemente, inconsciente) de los valores del utilitarismo (62). De este modo, los autores que, como Posner, afirman prescindir de toda consideración derivada de la filosofía moral, no hacen sino adoptar una corriente moral, rechazando no sólo la corrección de las demás, sino la relación de éstas con el Derecho (63).

Con todo, también es preciso admitir que el Derecho moderno y, en particular, el Mercantil, se encuentra tan estrechamente vinculado con una visión materialista del mundo, que resulta propiamente extraño al oído hablar de la influencia de la moral en el mismo. En este sentido, un enfoque interesante es el que sostiene que, con carácter previo al Derecho, existe la idea de conflicto de intereses y, por tanto, la necesidad de solucionarlo (64). De acuerdo con este enfoque, el Derecho se convierte en una técnica de resolución de conflictos de intereses, cuyas reglas no son aquéllas a las que debe ajustarse el comportamiento humano, sino instrumentos para resolver los problemas planteados por la realidad (65). Esta perspectiva, denominada de la "jurisprudencia de intereses", pretende huir de una trascendencia de un tipo distinto a la del iusnaturalismo, como es la inherente a la "jurisprudencia de conceptos", basada en nociones absolutas e inmutables, a partir de las cuales debe explicarse el Derecho (66). Sin embargo, sería preciso preguntarse si, también desde el punto de vista de la trascendencia de la moral para el Derecho y, en especial, el Derecho Mercantil, la visión del Derecho como una serie de mecanismos para solucionar los conflictos de los diferentes individuos plantea también algún inconveniente para la perspectiva ética. Entendemos que no, puesto que el reconocimiento del conflicto como situación anterior al Derecho no implica la renuncia a que la solución adoptada sea la "correcta" (67), lo que,

otra parte, por Dworkin, a quien Posner critica. Ver DWORKIN, Ronald *Law's Empire* op. cit. pág. 276-295.

(62) DWORKIN, Ronald "In Praise of Theory" op. cit. págs. 365-366.

(63) De este modo, al hablar de "pragmatismo" en lugar de "utilitarismo", Posner se ahorra tener que realizar cualquier consideración sobre las críticas realizadas a esta última corriente doctrinal. Ver DWORKIN, Ronald "In Praise of Theory" op. cit. pág. 365.

(64) Esta idea ha sido planteada por Díez Picazo en oposición al positivismo-normativismo "Frente a la pura concepción normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses". DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* op. cit. pág. 7.

(65) En palabras de Díez-Picazo, "Desde esta perspectiva, el derecho no es una formalización abstracta y general, con un valor universal, que pretende ahorrar las conductas humanas para que en el futuro se ajusten a unos modelos preestablecidos. Con un símil se podría decir que las normas no son, como las ideas para una expresión idealista del mundo, algo a lo que la realidad debe ajustarse, sino simplemente instrumentos dinámicos para resolver los problemas que esa misma realidad plantea". DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* op. cit. pág. 8.

(66) HART, H.L.A. "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence" En HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* Oxford: Clarendon Press, 1983, págs. 265-277.

(67) "El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses. En nuestra lengua, la expresión "derecho" es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos y situaciones. Lo derecho se contra-

nuevamente, por muy materialista que resulte la visión, acerca el Derecho a la moral (68). Por ello, aun cuando la jurisprudencia de intereses otorga una importancia extraordinaria al interés (generalmente material) del individuo, su pretensión no es, en ningún caso, la de eliminar la perspectiva de la necesidad de corrección en la decisión, entendida como la adaptación de ésta a una serie de parámetros éticos considerados aceptables.

Aunque la presencia del elemento materialista no comporta la exclusión de una visión o perspectiva ética, como hemos tenido ocasión de afirmar con el utilitarismo, la disociación ética-materialismo es frecuente en tiempos modernos. Esta confusión puede deberse al reduccionismo de la moral, en general, a lo que Fuller denomina "moralidad de aspiración" (*morality of aspiration*) cuyo objetivo es el de que la persona realice su máximo potencial (69) y que, tradicionalmente, se ve asociada con la consecución de objetivos no materiales. Sin embargo, la importancia de la esfera material no supone el abandono de la perspectiva moral. En primer lugar, porque, junto con la "moralidad de aspiración", autores como Fuller distinguen la "moralidad del deber" (*morality of duty*) entendida como aquella compuesta por las reglas mínimas sin las cuales la vida en sociedad sería imposible (70). Esta moralidad tiene una relación directa con el Derecho (71).

Ante este tipo de consideraciones, si bien se admitiría la existencia de una relación estrecha entre el Derecho y la moral, aún podría argumentarse que el vínculo se restringe a ramas con elevado contenido prohibitivo, como el Derecho Penal y Administrativo, con exclusión de otras, como el Derecho Mercantil. En este punto, desearíamos hacer referencia a otra de las consideraciones de Fuller. Fuller entiende, o así lo interpretamos, que, si bien la relación de la "moralidad del deber" con el Derecho puede ser más directa, las implicaciones de la "moralidad de la aspiración" resultan mucho más penetrantes (72). Penetrantes en el Derecho como sistema, añadiríamos nosotros. Y, en este sentido, el Derecho Mercantil moderno no supone una acumulación de reglas destinadas a resolver conflictos materiales, sino la plasmación de una serie de valores materiales que, a su vez, poseen una fuerte base de carácter ético.

---

*pone a lo torcido o, dicho con una expresión castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo directo y lo recto. Por ello, la expresión "esto es derecho" significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable".* Díez-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* op. cit. pág. 8.

(68) Más aún, la visión según la cual el conflicto precede al Derecho admite que no sólo existe una decisión, sino una razón para decidir. Se realice o no una justificación expresa de la decisión, "*toda decisión se fundamenta internamente en una serie de razones, que, manifiestas o no, tratan de responder a un estado de la conciencia social y de hacer aparecer tal decisión como aceptable para los destinatarios directos de la misma y para el grupo social o entorno que la contemple o pueda contemplarla*". Díez-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* op. cit. pág. 19.

(69) Fuller utiliza el ejemplo de la moral referida en los textos de Platón y Aristóteles. FULLER, Lon *The Morality of Law* op. cit. pág. 5.

(70) FULLER, Lon *The Morality of Law* op. cit. pág. 5.

(71) *Ibid* págs. 8-9.

(72) *Ibid* pág. 9.

### 3. La necesidad de recuperar el enfoque moral en el estudio del Derecho Mercantil como sistema

Han sido diversos los intentos de establecer la vinculación entre los mencionados valores y la moral religiosa. De todos ellos, posiblemente ninguno ha sobrevivido hasta nuestros días de modo tan persistente como el de Max Weber (73). El autor alemán, en su *Ética protestante*, pretendió articular una visión de la evolución social basada en la ética religiosa, opuesta a la visión materialista concebida por Marx (74). Que la versión del protestantismo protagonizada por el calvinismo dio lugar, en Inglaterra, al Puritanismo; el cual, con posterioridad, se extendió a los Estados Unidos no parecen conclusiones excesivamente cuestionables. Sin embargo, Weber añade a esta explicación el argumento de que el tipo de ascetismo promovido por el puritanismo anglosajón es el que dio lugar al denominado “espíritu del capitalismo” (75). De acuerdo con la interpretación de algunos autores puritanos, no es el ocio y el disfrute, sino la actividad y el trabajo duro, lo que contribuye a la gloria de Dios (76). Así pues, frente a la teología de Santo Tomás, que entendía el trabajo como un medio para la subsistencia de uno mismo y de su comunidad, los puritanos entendían el trabajo duro como un fin en sí mismo (77). Sobre esta base, la ética puritana defiende la división del trabajo, al fomentar ésta la concentración en una tarea, y evitar los momentos de ocio, que tan poco gratos resultan a Dios (78), con lo que ya promueve los postulados capitalistas (79). Asimismo, la mayor efectividad del trabajo especializado conlleva una

(73) WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York: Dover Publications, 2003. Translated by Talcott Parsons. *Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*.

(74) WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism op. cit.* págs. 75, 90-92.

(75) WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism op. cit.* págs. 155-183.

(76) Este argumento se toma de la obra de Richard Baxter. BAXTER, Richard. *Christian Directory*, I, p. 375-376. En palabras del propio Baxter “It is for action that God maintaineth us and our activities; work is the moral as well as the natural end of power... It is action that God is most served and honoured by”. Ver WEBER, Max *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism op. cit.* pág. 260.

(77) WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism op. cit.* pág. 159.

(78) “...the characteristic Puritan element appears appears when Baxter sets at the head of his discussion the statement that “outside of a well-marked calling the accomplishments of a man are only casual and irregular, and he spends more time in idleness than at work”, and when he concludes it as follows: “and he [the specialized worker] will carry out his work in order while another remains in constant confusion, and his business knows neither time nor place... therefore is a certain calling the best for everyone”. Irregular work, which the ordinary labourer is often forced to accept, is often unavoidable, but always an unwelcome state of transition. A man without a calling thus lacks the systematic, methodical character which is, as we have seen, demanded by worldly ascetism”. WEBER, Max *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism op. cit.* pág. 161.

(79) Recordemos que la doctrina capitalista es la más ardiente defensora de la división del trabajo. Ver SMITH, Adam. *The Wealth of Nations. Books I-III*. London: Penguin Books, 1999, págs. 109-126.



la "moralidad de la aspiración" heredada del Puritanismo, la que habría fomentado, de un modo u otro, los rasgos que, a día de hoy, son propios del Derecho Mercantil.

Las tesis de Weber no son, a día de hoy, pacíficas en absoluto. Sin embargo, en nuestra opinión, poseen argumentos verdaderamente poderosos para mostrar, contrariamente a lo que pueda pensarse, la conexión entre el Derecho Mercantil, propio de una cultura capitalista, y una doctrina con fuerte componente moral e ideológico. Con todo, cabría alegar que la base ideológica del Derecho Mercantil, al centrarse en la protección del interés del individuo, carece del elemento de cohesión que debe caracterizar a toda moral colectiva imbricada en el Derecho y, por tanto, que el Derecho Mercantil no es más que un Derecho materialista, mientras que la moral influye en otros órdenes como el Penal o el Administrativo. No obstante, se esté de acuerdo o no con la ideología capitalista derivada del Puritanismo, lo cierto es que resulta difícil negarle su trascendencia ética. Por un lado, la tesis manejada por la economía política mantiene que el elemento de cohesión social se consigue mediante el artificio de la "mano invisible", que impulsa a quienes persiguen el interés individual a la consecución de fines gratos al interés de la comunidad (87).

En segundo lugar, el enfoque de Weber no es el único que otorga a instituciones del Derecho Mercantil una base moral. El sociólogo Emily Durkheim entiende que las sociedades humanas son grupos de personas distinguibles de otros grupos, y con una cierta continuidad en el tiempo que les permite trascender a los miembros originales que las integran. Los elementos que actúan como aglutinante de tales grupos, unificándolos y convirtiéndolos en sociedades distinguibles y duraderas se distinguen con el calificativo de "solidaridad" (88). Dentro de esta "solidaridad" se distingue la "solidaridad mecánica" y la "solidaridad orgánica". La primera sería el máximo común denominador; esto es, la conciencia colectiva, o moral común, que influiría claramente en el Derecho Penal (89). Sin embargo, la segunda se basaría en las diferencias entre los seres humanos, y la necesidad de éstos de complementarse, como seres interdependientes que son. La manifestación más clara de este tipo de solidaridad se daría en la división del trabajo y, en el plano jurídico, se plasmaría en el Derecho privado y, típicamente, en la institución del contrato (90). De este modo,

do por el Estado mediante los monopolios (compañías que, en muchos casos, no dejaban de ser una prolongación del poder político del Estado), en contraposición al capitalismo derivado de la iniciativa y el esfuerzo individual. WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* op. cit. pág. 179. Tal podría ser el germen del Derecho de la Competencia, si bien, por el carácter jurídico-público de éste, no entraremos en esta materia.

(87) Tal es el caso cuando Smith explica que la tendencia a la división del trabajo se explica porque, al producir más especializándose en alguna tarea, cada persona persigue su propio interés al especializarse. Sin embargo, ello conlleva en el incremento de la producción de todo el grupo social. Ver SMITH, Adam *The Wealth of Nations. Books I-III* op. cit. págs. 117-120.

(88) DURKHEIM, Emily. *The Division of Labour in Society*. New York: Free Press, 1964 pág. 56; HART, H.L.A. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality". En HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pág. 252.

(89) DURKHEIM, Emily. *The Division of Labour in Society* op. cit.; HART, H.L.A. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality" op. cit. pág. 253.

(90) DURKHEIM, Emily. *The Division of Labour in Society* op. cit.; HART, H.L.A. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality" op. cit. pág. 253.

Durkheim argumenta que, si bien el elemento material/económico (representado por la eficiencia productiva) justifica en parte la división del trabajo, el papel de aquél es mínimo comparado con el efecto moral, plasmado en la sensación de solidaridad producida por el fenómeno. En este sentido, el Derecho mercantil de la contratación, tendría así un poder y función de aglutinante moral de la sociedad.

Este sentimiento de “solidaridad”, en el sentido de pertenencia a un grupo social, no debe ser subestimado, pues constituye un complemento necesario para la persecución del interés individual que caracteriza a la moral inspiradora de gran parte del Derecho Mercantil moderno. Así pues, la conciencia de la importancia de la propia individualidad debe completarse con una conciencia de las situaciones de alteridad, o de trato con otros individuos, para que el sistema funcione.

Paradójicamente (o, quizás, no tanto) un autor que contribuyó decisivamente a subrayar la importancia moral de la conciencia “del otro” fue el pensador más importante del capitalismo, en quien se suele fundar la legitimación de la persecución del interés individual: Adam Smith. En su *Theory of Moral Sentiments* (91) se manifiesta una versión de Smith diferente (algunos dirán contradictoria, otros complementaria) (92) donde el autor afirma que el ser humano posee un interés natural en la situación de los demás (93), que se plasma en el sentimiento de compasión/compreensión/empatía (*sympathy*) (94). Este tipo de sentimientos permiten al ser humano situarse en la posición de otro, y así juzgar lo adecuado (*propriety*) de sus actos (95). Es decir, el juicio de aprobación/desaprobación de un individuo a otro depende de la capacidad del “espectador” de identificarse con el “actor” (96). No obstante, Smith reconoce que la capacidad

(91) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* Indianapolis: Liberty Fund, 1982, págs. El texto puede descargarse en formato pdf de <http://oll.libertyfund.org/ToC/0141-01.php>.

(92) En este sentido, ver la síntesis del debate sobre la contradicción o complementariedad de ambas obras recogida en el Prólogo de *The Wealth of the Nations*. SMITH, Adam *The Wealth of Nations. Books I-III op. cit.* pág. 12-26.

(93) Así se expresa Smith en el primerísimo párrafo de esta obra. “How selfish soever man may be supposed, there are evidently some principles in his nature which interest him in the fortune of others, and render their happiness necessary to him, though he derives nothing from it except the pleasure of seeing it”. SMITH, Adam *The Theory of Moral Sentiments op. cit.* pág. 9.

(94) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments op. cit.* págs. 9-16.

(95) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments op. cit.* págs. 9.

(96) En palabras del propio Smith, “When the original passions of the person principally concerned are in perfect concord with the sympathetic emotions of the spectator, they necessarily appear to this last just and proper, and suitable to their objects; and, on the contrary, when, upon bringing the case home to himself, he finds that they do not coincide with what he feels, they necessarily appear to him unjust and improper, and unsuitable to the causes which excite them. To approve of the passions of another, therefore, as suitable to their objects, is the same thing as to observe that we entirely sympathize with them; and not to approve of them as such, is the same thing as to observe that we do not entirely sympathize with them”. SMITH, Adam *The Theory of Moral Sentiments op. cit.* pág. 16. Posteriormente, añadirá “To approve of another man’s opinions is to adopt those opinions, and to adopt them is to approve of them. If the same arguments which convince you convince me likewise, I necessarily approve of your conviction; and if they do not, I necessarily disapprove of it: neither can I possibly conceive that I should do the one without the other. To approve or disapprove, therefore, of the opinions of others is acknowledged, by every body, to mean no more than to

del espectador de empatizar es limitada (97), por lo que, para recibir la aceptación de los demás, es preciso que las acciones propias no sean las consecuencias plenas de los sentimientos y las pasiones, sino que es preciso imponer en estas últimas una cierta auto-restricción, de modo que el actor debe juzgar también sus propias acciones situándose en el papel de los espectadores (98). Ahora bien, podría oponerse ¿qué obliga al actor a realizar este esfuerzo de auto-restricción? Smith considera que el deseo del individuo de ser aprobado por sus iguales (*approval of his fellows*) (99), y la importancia otorgada por el ser humano a las opiniones de estos, comportan que dichas potenciales opiniones operen como motivación de la auto-restricción del individuo. Sin embargo, junto con este tipo de tendencias sociales, Smith reconoce la existencia de tendencias egoístas que, combinadas con el auto-engaño o la auto-justificación moral, pueden llevar a comportamientos anti-sociales (100). En tales casos, la búsqueda de aprobación personal del individuo por sus semejantes no resulta un mecanismo de control suficiente, y es preciso recurrir a reglas generales (sociales) de justicia moral. Estas reglas, desarrolladas a partir del sentimiento de lo que la sociedad considera adecuado, sirven para sacar al individuo del error en que haya incurrido mediante el auto-engaño (101). Finalmente, cuando los actos en persecución del propio interés fuesen susceptibles de dañar a los demás, Smith propone una triple barrera para evitarlos: el propio sentimiento de remordimiento (102), el temor al castigo divino en la otra vida (junto con la aprobación por la sociedad de tal castigo) (103) y, finalmente, un sistema de Derecho positivo que recoja la concepción social de los criterios de justicia (104).

En definitiva, la defensa por parte de Smith del interés individual no es indiscriminada, sino que se basa en el presupuesto de un individuo con

*observe their agreement or disagreement with our own. But this is equally the case with regard to our approbation or disapprobation of the sentiments or passions of others". Ibid* pág. 17.

(97) "After all this, however, the emotions of the spectator will still be very apt to fall short of the violence of what is felt by the sufferer. Mankind, though naturally sympathetic, never conceive, for what has befallen another, that degree of passion which naturally animates the person principally concerned". SMITH, Adam *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. pág. 21.

(98) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. pág. 22.

(99) "Man naturally desires, not only to be loved, but to be lovely; or to be that thing which is the natural and proper object of love. He naturally dreads, not only to be hated, but to be hateful; or to be that thing which is the natural and proper object of hatred. He desires, not only praise, but praise-worthiness; or to be that thing which, though it should be praised by nobody, is, however, the natural and proper object of praise. He dreads, not only blame, but blame-worthiness; or to be that thing which, though it should be blamed by nobody, is, however, the natural and proper object of blame". SMITH, Adam *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. pág. 111.

(100) "This self-deceit, this fatal weakness of mankind, is the source of half the disorders of human life. If we saw ourselves in the light in which others see us, or in which they would see us if they knew all, a reformation would generally be unavoidable". SMITH, Adam *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. § III.4.6.

(101) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. § III.4.8.

(102) SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments* op. cit. § II.ii.2.3.

(103) *Ibid* II.ii.3.9-II.ii.3.12.

(104) *Ibid* VII.4.35.

una ética de la comprensión y la empatía y una necesidad de aceptación por sus semejantes, la importante presencia de una moral social, generalmente imbuida de espíritu religioso y benevolente, y la presencia de un sistema jurídico en el que creen las personas que integran la sociedad, puesto que se encuentra formado por los principios de justicia compartidos por la sociedad.

Esperamos que este último ejemplo convenza de la necesidad de adoptar una perspectiva que considere la influencia de la moral en el Derecho mercantil, pues, de otro modo, un sistema legal basado exclusivamente en la defensa materialista del interés individual resulta inviable (105).

Para el escéptico que aún afirmase que la visión moral no es necesaria para el estudio del Derecho Mercantil, pues los ejemplos anteriores resultan excesivamente teóricos, nos gustaría proponer uno de tipo práctico. En el proceso de reforma económica emprendido en Rusia en los años 90 se procedió a la privatización masiva de activos en manos del Estado. Las expectativas de quienes afirmaban que, en tales circunstancias, se produciría automáticamente la protección de instituciones como los derechos de propiedad, y la protección de los ciudadanos por la ley, dado que ello resulta más beneficioso para la sociedad, se vieron defraudadas. El puro comportamiento estratégico, individual-materialista, condujo, en ausencia de un sustrato moral, a la descapitalización del país y la multiplicación de la deuda externa, a beneficio exclusivo de un grupo reducido de personas, quienes se hicieron con los activos anteriormente en manos del gobierno ruso, e impidieron el desarrollo de instituciones que habrían garantizado la seguridad jurídica y el respeto a las reglas del juego (106). Deseábamos recoger este ejemplo, que también se recoge en la obra de Derecho Comparado del profesor Kozolchik (107), pues estimamos que éste comparte la visión sobre la importancia de la ética en el Derecho Mercantil (108). Por ello, la

(105) El propio Adam Smith previene contra la admiración excesiva de la riqueza, que conduce a la corrupción de los sentimientos morales que, precisamente, actúan como elemento de cohesión de la sociedad. De hecho, el Capítulo III de la Sección III de la Parte I de su Tratado se denomina "*Of the corruption of our moral sentiments, which is occasioned by this disposition to admire the rich and the great, and to despise or neglect persons of poor and mean condition*". Ver SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments op. cit.* I.iii.3., págs. 61-66. Es posible que, si el gran pensador escocés asistiera a día de hoy al uso que se hace de sus enseñanzas en *The Wealth of the Nations*, se sintiera en la necesidad de recordar la existencia de su obra *The Theory of Moral Sentiments*, donde ilustra sobre la base moral que resulta necesaria para las enseñanzas de la primera.

(106) Tras la privatización masiva, Rusia se convirtió, por ejemplo, en un exportador neto de capital, en lugar de un importador. La cifra de salida de capitales estuvo entre los 15 y 20 mil millones de dólares anuales en el periodo 1995-2000. HOFF, Carla; STIGLITZ, Joseph "The Transition from Communism: A Diagramatic Exposition of Obstacles to the Demand for Rule of Law", March 2004, pág. 2. Ver también HOFF, Karla; STIGLITZ, Joseph "The Creation of the Rule of Law and the Legitimacy of Property Rights: The Political and Economic Consequences of a Corrupt Privatization" *NBER Working Paper Series*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper 11772, November 2005; GODOY, Sergio; STIGLITZ, Joseph "Growth, Initial Conditions, Law and Speed of Privatization in Transition Countries: 11 Years Later". *NBER Working Paper Series*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper 11992, January 2006.

(107) KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* pág. 158.

(108) Así se desprende, también, de la crítica dirigida a Posner, y su visión del *homo eco-*

inclusión de un análisis del debate doctrinal mantenido a propósito de esta cuestión, similar al realizado en las líneas anteriores, reforzaría el mensaje de que la comprensión del Derecho Mercantil requiere, también, una perspectiva ética.

Con todo, pese a los argumentos expresados anteriormente, alguien podría sostener otra tesis. Ésta pasaría por admitir que el Derecho Mercantil necesita una fuerte base moral, derivada de la ética liberal-capitalista. Sin embargo, a día de hoy, todos los países donde existe Derecho Mercantil sostienen, de un modo u otro, esta ética. Por tanto, la base moral, al ser común, no serviría para explicar las diferencias entre ordenamientos. Ello supondría que la ética, si bien útil para el estudio del Derecho Mercantil, no lo sería para el Derecho Mercantil comparado. A esta cuestión dedicaremos el siguiente apartado.

#### IV. LA ÉTICA EN EL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL COMPARADO

##### 1. *El papel de la ética en la comparación de principios y reglas de Derecho Mercantil*

###### 1) Perspectiva general

La objeción formulada al final del apartado anterior no carece de cierta lógica. Si el análisis del Derecho Mercantil Comparado se realiza, fundamentalmente, en el entorno de los países occidentales, estos comparten sistemas con una moral capitalista. Por tanto, sobre esta base las diferencias jurídicas resultarían difícilmente explicables como resultado de divergencias morales. Ello, a su vez, difícilmente justificaría el estudio de la moral en el Derecho Mercantil comparado.

Un primer argumento en contra de esta objeción es que la comparación no siempre ha de afectar al Derecho de países capitalistas. En este sentido, no sólo debemos pensar en el Derecho los países comunistas, sino, por ejemplo, en el Derecho de los países musulmanes, fuertemente influido por la ley islámica (109). En segundo lugar, aun dentro de los países capitalistas la primera parte de la construcción anterior puede resultar convincente en una perspectiva general, que abarque todo el sistema económico. Por el contrario, el descenso al nivel micro de los principios y reglas concretos se encarga de rebatir la conclusión preliminar. La relevancia de la moral sigue siendo muy elevada. Por un lado, el que los países occidentales acep-

*nomicus*, al que contrapone la necesidad del estándar ético del *bonus vir*. KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 479-486.

(109) En este sentido, resultan interesantes los ejemplos que comparan el Derecho occidental con el islámico. Ver, por ejemplo, HABACHY, Saba "Property, Right and Contract in Muslim Law" *Columbia Law Review* no. 62 (1962), págs. 450 y sigs.; HASSAN, Jeffrey "Legal and religious Considerations in Drafting a Muslim Will" *Journal of Islamic Law* no. 1 (1996), págs. 187 y sigs.; JOHANSEN, Barber "Household Trade and Stock-Breeding: Spheres of Consumption and of Value Production in Muslim Fiscal Law" *Chicago Kent Law Review*, no. 70 (1994-1995), págs. 1677 y sigs.

ten los criterios básicos de la economía de mercado no supone, en primer lugar, que lo hagan de la misma manera. Por otro, la adopción de una ideología capitalista no ha supuesto un borrón y cuenta nueva con respecto a las instituciones del Derecho precedentes, dimanantes de sistemas morales anteriores. Éstas, en tanto en cuanto podían convivir con la primera, han sido mantenidas. Por otro lado, existen instituciones que, aun cuando se presumen originarias de la mentalidad capitalista, resultan ser mucho más antiguas.

De este modo, la perspectiva comparada pone fin a la idea del Derecho Mercantil como un conjunto homogéneo y ordenado de principios, reglas y conceptos, inspirados todos por una sola moral e ideología, y la acerca más a la de una superposición de capas, donde cada estrato pertenece a una época y moral diferentes y, por tanto, nació con un propósito determinado y, si bien la flexibilidad de la institución le puede haber permitido sobrevivir a cambios en la mentalidad, existen elementos de la misma que no se explican sin un recurso a la ética originaria que la inspiró. Descendamos a los supuestos concretos.

## II) Ejemplos concretos

La moral se ha encontrado en el nacimiento de las reglas y principios jurídicos. Poseen en este sentido una particular importancia las reglas derivadas de las grandes religiones monoteístas, resultando inspiradoras aun a día de hoy. En el caso de la moral judaica, un claro ejemplo de su influencia en el desarrollo del Derecho Mercantil se encuentra en las respuestas Rabínicas a las cuestiones a Maimónides (110). Las denominadas "cuestiones" no son sino problemas reales planteados al sabio, que éste debía resolver recurriendo a sus conocimientos. Dada la íntima conexión existente en el pasado entre moral y Derecho, la resolución de estos problemas y, con ello, la formulación de principios y reglas jurídicos, pasaba por el previo examen de la moral religiosa contenida en los textos sagrados. Entre otros, podemos encontrar problemas relativos al deber de rendición de cuentas en un negocio, al deber de restitución de los objetos dejados en custodia, o al valor de los documentos y la carga de la prueba (111). Aun cuando la resolución de este tipo de controversias se basaba en gran medida en el elemento procesal de la valoración de la prueba, también se encuentran presentes elementos sustantivos de gran importancia. En este sentido, ya en época medieval el comercio se desarrollaba sobre la base de

(110) Ejemplo recogido en la obra del profesor Kozolchik. Ver KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 67-72.

(111) Resulta particularmente interesante la cuestión 71a, donde se entregaron dos objetos a un comerciante, sin especificar el propósito, y el mismo fue expoliado por los piratas. Cuando, varios años después, a raíz de otra disputa, quien entregó los bienes reclamó la restitución del importe de uno de ellos, se plantearon problemas sobre el sentido del acuerdo celebrado entre las partes, la existencia, o no, de un deber de restitución, y el alcance de dicho deber, no sólo por la existencia de causas de fuerza mayor (asalto de piratas) sino también por el transcurso del tiempo. El sabio, ante el silencio del "Derecho positivo", debía decidir con arreglo a criterios de moral religiosa. Ver KOZOLCHIK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 70-72.

una confianza mútua derivada de la pertenencia a un mismo grupo (generalmente religioso). Ello tenía como consecuencia la imposición de deberes derivados de la fraternidad comercial (112), pero también del desarrollo de un principio de informalidad en las relaciones comerciales. Posiblemente un estudio detallado de los elementos integradores de la fraternidad comercial ayudaría a una mayor comprensión del principio de informalidad en las relaciones comerciales, y su diferente arraigo en los diversos ordenamientos.

En lo que respecta a la moral judía-cristiana-musulmana, una clara manifestación de su influencia se encuentra en la prohibición del cobro de intereses en un préstamo otorgado a un hermano o semejante (113). El desarrollo posterior del Derecho reflejó un enorme esfuerzo teológico para reinterpretar la prohibición, que se flexibilizó primeramente por los judíos (114) y, posteriormente, por los católicos (115). En la actualidad, la moral religiosa sigue influyendo en este punto a través de la limitación de los tipos de interés que se pueden exigir en un préstamo, o de la prohibición del *pactum commissorium* (que el acreedor pueda quedarse con el bien que opera como garantía ante el impago del préstamo). En el caso de los países islámicos, el cobro de intereses sigue estando prohibido, lo que, junto con otra serie de reglas derivadas de la moral religiosa, ha dado lugar a todo un elenco de técnicas financieras, denominadas “finanzas islámicas” (*Islamic finance*) (116) que merecería una referencia aparte en la perspectiva del Derecho comparado (117).

(112) El criterio de “fraternidad” imponía a un judío que encontrase los bienes perdidos por otro judío, la obligación de adquirirlos y ofrecerle su rescate al propietario original. En el caso del socio en una empresa en participación, aquél tenía la obligación, ante el fallecimiento de su compañero, de llevar a cabo sus negocios, y entregar las ganancias a la familia del fallecido. Ver KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado* op. cit. págs. 61-62.

(113) Existen diversas citas en el Antiguo Testamento contrarias al cobro de intereses “Si le prestas dinero a quienquiera de mi pueblo...no serás un acreedor respecto al prestatario; tampoco le impondrás el pago de intereses” (Éxodo 22, 24); “No prestarás cobrando intereses a tu hermano, ya sea interés monetario, de vituallas o interés sobre cualquier objeto que se preste con base a interés. Al extranjero podrás prestar con cobro de interés...” (Deuteronomio. XXIII, 20, 21). Ver KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado* op. cit. pág. 64.

(114) Ello a través de la interpretación de la referencia al “hermano” realizada en el Deuteronomio. KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado* op. cit. págs. 64-65.

(115) En este caso, resultó más difícil, por ser contraria la Iglesia Católica, basada en la filosofía tomista, al cobro de intereses. Ver KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado* op. cit. pág. 58.

(116) “Islamic Finance” *The Economist* 6<sup>th</sup> December 2006.

(117) Ver, por ejemplo, AL-HARRAN, Saad “Cases in Islamic Finance” *Arab Law Quarterly* no. 14, (1999), págs. 193 y sigs.; BILAL, Gohar “Islamic Finance: Alternatives to the Western Model” *Fletcher Forum of World Affairs* no. 23 (1999) págs. 145 y sigs.; EL-GAMAL, Mahmoud A. “Interest and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance” *Fordham International Law Journal* no. 27 (2003-2004), pág. 108 y sigs.; HOURANI, Husam “The Three Principles of Islamic Finance Explained” *International Financial Law Review* no. 46 (2004); HUME, James “Islamic Finance: Provenance and Prospects” *International Financial Law Review* no. 48 (2004); KHAN, Mansoor H. “Designing an Islamic Model for Project Finance” *International Financial Law Review*, no. 16 (1997) págs. 323 y sigs.; MALLAT, Chibli “Islamic Law and Finance: Theory and Practice” *International Financial*

Otra de las cuestiones del Derecho Mercantil comparado con fortísima raigambre moral es la de las relaciones fiduciarias. En la actualidad, se asume que la doctrina de las relaciones fiduciarias pertenece al Derecho anglosajón, y constituye un pilar básico para la sustentación del mercado (en la medida en que contribuye a la generación de confianza). Sin embargo, una consideración puramente materialista (de *homo economicus*) impondría, aparentemente, un estándar de responsabilidad derivado exclusivamente del contrato suscrito por las partes. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado una teoría de los deberes fiduciarios que va más allá de lo pactado por las partes. Esta teoría posee una evidente base moral, por ser conforme a la ética el exigir que quien se encuentra en una posición de confianza, se ocupe de velar no por sus intereses, sino por los de quien confía en él (nuevamente, volvemos a la cuestión del interés propio y el ajeno) (118).

El enfoque desde el punto de vista de la ética permitiría analizar la influencia relativa de las diferentes corrientes religioso-filosófico-morales en esta doctrina. A día de hoy, sabemos que en Derecho romano se hacía referencia al estándar del *bonus vir* (119). Del mismo modo, de los documentos medievales se desprende que, en esta época en el Oriente Medio, el comercio se desarrollaba a través de intermediarios de confianza, a quienes se entregaba el dinero o bienes, confianza derivada de la pertenencia a una misma religión, y que se cimentaba en la exigencia de obligaciones de diligencia, en numerosas ocasiones plasmadas en juramentos (120). Por otro lado, el desarrollo de la doctrina de los *fiduciary duties* se derivó de la fiducia o *trust*, figura consistente en la transmisión legal de bienes a un sujeto que, a su vez, se comprometía a administrarlos a favor de una per-

*Law Review* no. 8 (1989) pág. 27; MCMILLEN, Michael J.T. "Islamic Shari'ah-Compliant Project Finance: Collateral Security and Financing Structure Case Studies" *Fordham International Law Journal* no. 24 (2000-2001), pág. 1184 y sigs.; MOGHUL, Umar F.; AHMED, Arshad A. "Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & (and) Ors.: A First Impression of Islamic Finance" *Fordham International Law Journal* no. 27 (2003-2004) pág. 150; PERVEZ, Imtiaz A. "Islamic Finance" *Arab Law Quarterly* no. 5 (1990) pág. 259; TACY, Kimberly J. "Islamic Finance: A Growing Industry in the United States" *N.C. Banking Inst.* no. 10 (2006) págs. 355 y sigs.

(118) Resulta muy interesante examinar la crítica del profesor Kozolchik al caso *Viteri*, poniendo de manifiesto la contraposición entre los diferentes modelos de ética. En este caso, una de las partes en una asociación en participación (un ingeniero), falleció cuando el producto de su obra ya estaba reportando beneficios al propietario de un terreno. Prescindiendo de toda consideración hacia las prácticas comerciales o las expectativas razonables, el tribunal entendió que los deudos no tenían derecho a percibir renta alguna por el trabajo ya realizado, sino que los beneficios se repartirían una vez devengados, lo que exigía la pervivencia del participante. En la toma de esta decisión, el tribunal prescindió de todo examen de la buena fe comercial o las expectativas razonables, basadas en la práctica en otras relaciones de participación. De un modo similar, en otro de los casos recogidos por el profesor Kozolchik, los tribunales decidieron que un determinado inmueble no podía, tras ser arrendado, destinarse a una explotación comercial, sin atender a la realidad comercial (por ejemplo, a través del examen de relaciones contractuales similares en la zona), sino a la naturaleza de la propiedad. Ver caso de Teófila Astorga, viuda de Aceves. En KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 280 y sigs.

(119) Así se deriva del pasaje de Ulpiano en el Digesto D.18.1.7. Ver KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* pág. 45.

(120) KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado op. cit.* págs. 62-63.



sona y, en ocasiones, a entregarlos a ésta al cabo de un tiempo (121). En tales casos, el poseedor del bien era legalmente el dueño. Sin embargo, a la admisión de la figura de la fiducia contribuyó la jurisdicción de la Chancillería (jurisdicción extraordinaria creada en tiempos medievales). El Canciller tenía como objetivo impartir justicia en aquellos casos donde el Derecho, o *common law*, no proporcionase una solución justa (122).

Por tanto, el Canciller, al no poder aplicar el mismo Derecho que negaba la justicia, empleaba la moral (123). Al ser los primeros Cancilleres casi todos eclesiásticos (124), no es descabellado suponer que aplicasen unos criterios éticos derivados de la moral cristiana. Sobre la base de estos criterios, la Chancillería fue entendiendo, paulatinamente, que, si bien el poseedor podía ser el propietario del bien a los efectos legales, no era justo que el beneficiario designado por el transmitente quedara desprotegido. De este modo, poco a poco, los Cancilleres fueron otorgando acciones personales contra el mal hacer del fiduciario y, finalmente, acciones reales para los bienes objeto del *trust* (125). Por otro lado, la doctrina (moral) de la Chancillería según la cual se debía exigir al fiduciario de un estándar de diligencia superior al habitual, se extrapoló a todas aquellas situaciones donde existiese una situación de confianza semejante (126).

Asimismo, merece la pena apuntar que la fiducia se extendió como resultado de una práctica habitual, consistente en transmitir propiedades a una persona para su utilización por órdenes como la de los franciscanos, con el objetivo último de que estos no infringiesen su voto de pobreza, que les impedía ser propietarios de bienes (127). Finalmente, se ha apuntado incluso la posibilidad de que este tipo de “legados de uso” fuesen tomados por los eclesiásticos de la institución del *wagf*, del Derecho islámico, consistente en la destinación de un patrimonio al sostenimiento de la familia, o bien a alguna causa altruista; fuese como fuere, a una finalidad grata a Alá (128).

(121) HOLDSWORTH, W.S. “The English Trust. Its Origins and Influence in English Law” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* no. 4 (1923) págs. 367-368; BROWN “The Ecclesiastical Origin of the Use”. *Notre Dame Law Review* no. 10 (1935), pág. 353.

(122) BAKER, J. H. *An Introduction English Legal History* op. cit. págs. 105-106.

(123) BAKER, J. H. *An Introduction English Legal History* op. cit. págs. 106-108.

(124) Personajes, por otra parte, tan conocidos como el Cardenal Wolsey o Tomás Moro (Sir Thomas More). Ver MAITLAND, Frederic W. *Equity. A Course of Lectures*. Cambridge: University Press, 1936, reprinted 1969, págs. 7-8.

(125) GOODE, Roy. *Commercial Law*. Third edition. London: Penguin Books, 2004, pág. 39.

(126) HOLDSWORTH, W.S. “The English Trust. Its Origins and Influence in English Law” op. cit. págs. 377-378.

(127) BROWN. “The Ecclesiastical Origin of the Use”. *Notre Dame Law Review* no. 10 (1935), pág. 353; HOLDSWORTH, W.S. “The English Trust. Its Origins and Influence in English Law” op. cit. págs. 367-368; MAITLAND, Frederic. “The Origin of Uses”. *Harvard Law Review* no. 8 (1894), pág. 130.

(128) En este punto, sin embargo, existen versiones discordantes. Se ha sostenido, por un lado, que los *Uses* en favor de los monjes franciscanos, de los que derivó el *Trust*, tienen su origen en el *fidei commissum* romano. Por otro lado, también se ha sostenido su origen en la figura del *Salmannus* del Derecho Germano de los Francos (ver HOLMES, Oliver Wendell. “Law in Science and Science in Law”. *Harvard Law Review*, no. 12 (1899), pág. 445.). Para un tratamiento de ambas tesis, ver HOLDSWORTH, W.S. “The English Trust. Its Origins and Influence in English Law. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* no. 4 (1923), pág. 368. La tesis

Por tanto, la doctrina de los deberes fiduciarios, y la responsabilidad de los agentes de confianza se ha manifestado históricamente en las reglas de comunidades religiosas musulmanas y judías, y ha recibido su desarrollo definitivo mediante la extrapolación de una doctrina que, sobre bases de ética cristiana, pretendió resolver un problema derivado de una práctica cuyo objetivo era el de eludir una prohibición de unas órdenes católicas, y que se discute si pudo, a su vez, ser tomado de una institución del Derecho religioso islámico. Con tantos ejemplos concretos, resulta cada vez más difícil negar la trascendencia al elemento moral en el análisis del Derecho Mercantil comparado.

## V. CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo era el de extraer elementos transversales del Derecho Mercantil comparado, y reflexionar sobre los mismos, en un diálogo fluido con las obras de Derecho comparado en general, y con *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, del profesor Kozolchik, en particular. Si existe un elemento singular que creamos digno de atención es la importancia de la ética como motor de la formulación de los principios y reglas jurídicos, base del Derecho, y como elemento explicativo de las diferencias entre sistemas legales que constituyen base del Derecho comparado.

Esta importancia se ve correspondida con una extraordinaria falta de atención por parte de las obras de Derecho comparado, exceptuando la del profesor Kozolchik, lo que incrementa el atractivo de su análisis. El análisis de la numerosa doctrina revela que, tras un predominio casi absoluto durante siglos de la doctrina del Derecho Natural, la reacción surgida frente a ésta ha sido tan fuerte, y ha llevado el debate al extremo contrario en tal medida, que el papel de la moral se ha visto desdeñado como una fuente de influencia de segunda categoría. El estudio del Derecho Mercantil comparado revela, sin embargo, la necesidad de considerar este elemento con un renovado interés. Es una conclusión frecuente alcanzada por el comparatista que, en el planteamiento o resolución de los conflictos que conocemos como Derecho, las divergencias entre unos ordenamientos y otros se deben, en un buen número de ocasiones, a la visión moral que ilustró el nacimiento de los principios y reglas del Derecho. Ni los argumentos positivistas ni los normativistas resultan convincentes en este sentido, pues la restricción del estudio del Derecho exclusivamente a las nor-

---

más moderna es la que propone el origen de la práctica de los *Uses* por los monjes franciscanos en el *waqf* del Derecho islámico, de modo que la vía de influencia habría sido la de la presencia de los franciscanos en las Cruzadas. Ver AVINI, Avisheh. "The Origins of the Modern English Trust Revisited" *op. cit.* págs. 1151-1152. Hay autores que, incluso, entienden que la influencia fue más allá de la práctica de los monjes franciscanos, y que, incluso, los documentos constitutivos de venerables instituciones británicas, como los estatutos originales del Colegio Merton de Oxford, podrían estar inspiradas en los documentos constitutivos de un *waqf* bajo la ley islámica. Ver GAUDIOSI, Monica M. "The influence of the Islamic Law of *Waqf* on the development of the in England: the case of Merton College". *University of Pennsylvania Law Review* no. 136.

mas positivas respaldadas por una sanción impide conocer en puridad el ordenamiento y el Derecho. Este último no está formado por un conjunto de reglas deslabazadas e inconexas, sin más vínculo que su validez formal y el respaldo de una sanción, sino que se encuentran vertebradas por unos principios que las dotan de coherencia y que, a su vez, emanan de la moral social en un número muy elevado de casos. Este razonamiento resulta particularmente cierto en el caso del Derecho Mercantil, donde la senda por la que el Derecho camina y se forma no se restringe al proceso legislativo, sino que, con carácter paralelo, acoge la práctica y la costumbre derivada de la interacción de los diversos corpúsculos de la *societas mercatorum*, prácticas y costumbres imbuidas de la *aequitas mercatorum*. Desconocer este proceso es desconocer el Derecho Mercantil.

Por otro lado, el complemento de los enfoques institucional y moral-crítico ayuda a combatir las posturas que, amparándose en un cierto escepticismo moral y pragmatismo, no hacen sino defender un tipo particular de moral utilitarista, algo que resulta respetable, pero que es preciso expresar de manera transparente, evitando dogmatismos. La sociedad tiene, en este sentido, Derecho a determinar el tipo de relaciones comerciales que desea y, en este sentido, algunas de las instituciones más importantes, que salvaguardan la integridad de nuestras economías de mercado, tienen su base en puros principios morales, muchas veces con un origen ético diverso al del utilitarismo capitalista. La realidad comercial se encuentra plagada de este tipo de ejemplos, de los cuales hemos pretendido recoger algunos sin ánimo alguno de exhaustividad.

Por último, existen numerosos fenómenos de interés para el Derecho comparado donde el elemento moral no constituye el único principio dinámico detrás del proceso de evolución del Derecho. Tal es el caso en la comparación de los diferentes enfoques hacia el cumplimiento del contrato. Sin embargo, no deja de ser cierto que, tomar conjuntamente la perspectiva institucional y ética, junto a una visión sociológica, es la forma de que el estudioso se encuentre en una posición de privilegio para detectar los cambios operados en la sociedad comercial, y así proponer soluciones cuyo sustento ético e institucional sean adecuados a la nueva realidad.

No se trata de una tarea fácil. Con todo, en este proceso de cambio, el Derecho Mercantil comparado supone una herramienta fundamental, lo que nos devuelve al principio de nuestro propósito. Y es que lo intricado de las relaciones comerciales actuales contagia de complejidad a las disputas y controversias contractuales. Por ello, la formulación de los principios y reglas jurídicos requiere buenas dosis de imaginación y, cuando éstas falten, el recurso al análisis comparado de las soluciones presentes en otros ordenamientos o en la práctica comercial, nacional o extranjera. Y todo ello sin perder de vista la perspectiva moral, pues el Derecho tiene la característica de influir en el comportamiento de las personas y, de este modo, no mediante normas imperativas, sino con técnicas más sutiles, se puede lograr el propósito de unas relaciones comerciales más aceptables para todos.